

# ENTSCHEIDUNGEN

## Straße

§§ 425 Abs. 1, 435 HGB i.V.m. § 398 Satz 2 BGB

**1. Eine Sendung, die an einen Dritten übergeben wurde, der nicht Empfänger ist, ist in Verlust geraten, wenn sie nicht alsbald zurück erlangt und doch noch an den berechtigten Empfänger abgeliefert werden kann**

**2. Unzureichende Ein-/Ausgangskontrollen begründen den Vorwurf eines qualifizierten Verschuldens.**

**3. Ein entsprechendes Verschulden eines Paketdienstleisters steht (bereits) zu vermuten, wenn dieser keinen substantiierten Vortrag zu seiner korrespondierenden Betriebsorganisation hält,**

**4. Eine Klausel eines Paketdienstleisters, wonach der Auftraggeber rechtzeitig auf einen über EUR 5,- pro kg hinausgehenden Wert bzw. auf eine besondere Schadensanfälligkeit hinzuweisen hat, und bei Unterbleiben eines entsprechenden Hinweises gelten soll, dass der Verlust bzw. ein Schaden nur wegen des fehlenden Hinweises/fehlender Vereinbarung eintreten konnte, ist nach § 449 HGB unwirksam**

**5. Ein Paketdienstleister kann sich auf ein Mitverschulden wegen unterlassener Wertdeklaration nicht berufen, wenn er nicht substantiiert darlegt, dass und wie er bei Deklaration des Sendungswertes verfahren wäre, wenn (zuvor) der Anspruchsteller vorgetragen hat, dass der Paketdienstleister die Sendung auch in Kenntnis des Warenwertes zur Beförderung übernommen und ohne weitergehende Sicherheitsmaßnahmen transportiert hätte.**

**6. Der Einwand eines Mitverschuldens wg. unterlassener Wertdeklaration ist (erst recht) ausgeschlossen, wenn Mitarbeiter eines Paketdienstleisters bestätigen, dass der Wert einer Sendung (mit Medikamenten) für deren Übernahme zur Beförderung und Behandlung hiernach unerheblich ist.**

[Leitsätze des Einsenders]

**OLG Hamm, Urt. v. 06.10.2022 – I-18 U 166/20**

(Vorinstanz: LG Münster, Urt. v. 15.09.2020 – 025 O 54/19)

### A.

Die Parteien streiten über Schadensersatz wegen teilweisen Sendungsverlustes von Arzneimitteln im Zusammenhang mit einem durch die Beklagte durchgeführten Paket-Transport.

Die Klägerin betreibt ein Transportversicherungsunternehmen mit Sitz in Dänemark. Sie macht geltend Transportversicherer der dänischen ... zu sein. Zu der ... gehören auch die ... (im Folgenden: ...) und die ... (im Folgenden: ...)

mit Sitz in Leverkusen. Die ... ist einer der führenden Arzneimittelimporteure in Europa.

Die Beklagte betreibt ein Transportunternehmen, das insbesondere darauf spezialisiert ist, hochwertige und sensible Güter zu befördern. Ihr Tochterunternehmen, die ... bietet Kunden den Transport von kühllkettenpflichtigen Arzneimitteln an.

Unter dem 04.09.2018 bestellte die ... bei der ... in Ahlen verschiedene Arzneimittel zu einem Preis von insgesamt 178.169,81 €. [...] Die ... beauftragte schließlich die Beklagte mit der Abholung der Medikamente und deren Beförderung zu ihrem Lager zu fixen Kosten. Dem Vertragsverhältnis lagen die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten zu Grunde. [...]

Die ... verpackte die bestellten Arzneimittel in insgesamt drei Pakete. Ein Paket – es handelt sich insoweit um die Positionen 12 und 13 des Lieferscheins – wurde von einem Fahrer der ... übernommen und als Kühlwaretransport zur ... nach Leverkusen verbracht. Diese Teilsendung ist nicht Gegenstand dieses Rechtsstreits. Die zwei weiteren Pakete – deren jeweiliger Inhalt streitig ist – waren zur Abholung durch die Beklagte in Form des sog. Ambient-Express (Transport im Bereich 15°C bis 25°C) bestimmt (Sendungsnummer 3...). Die beiden Pakete wiesen ein Gesamtgewicht von 4 kg auf und wurden am 10.09.2018 von einem Fahrer der Beklagten übernommen, der die Übernahme mittels eines sog. Übernahmebelegs quittierte. Daneben übernahm der Fahrer von der ... noch ein weiteres Paket, das für die ... in Ludwigshafen (im Folgenden: ...) bestimmt war (Sendungsnummer 4...).

Im Rahmen der Weiterverarbeitung von Abholsendungen versieht die Beklagte die Pakete mit einem eigenen Versandlabel nebst Barcode. Auf diese Weise wurde auch im Streitfall verfahren. Schließlich erreichten zwei der durch die Beklagte im Wege des Ambient-Express beförderten Pakete Mitte September 2018 die ... Leverkusen. Ein Paket lieferte die Beklagte bei der ... an.

Nach Ablieferung der Pakete entwickelte sich eine E-Mail Korrespondenz zwischen Mitarbeitern der ... und der Beklagten. Mit E-Mail vom 12.09.2018 zeigte der Zeuge L. für die ... an, dass man ein Paket vermisste und vermute, dass der Fahrer die Versandetiketten vertauscht habe, so dass dieses Paket an die ... Ludwigshafen geliefert worden sei. Mit E-Mail vom selben Tag teilte die Mitarbeiterin ... für die Beklagte mit, sie habe eine Korrektur der Waren in der Niederlassung Dortmund, die die, Vertauschung verursacht habe, in die Wege geleitet. Unter dem 21.09.2018 kündigte sie weiter an, dass die »falsche Ware« am Montag bei der ... abgeholt werde. Mit weiterer E-Mail vom 12.10.2018 erklärte ein weiterer Mitarbeiter der Beklagten, der Zeuge ... dass die Sendung fälschlicherweise bei der ... in Ludwigshafen zugestellt worden sei und man versucht habe, die Ware dort wieder abzuholen, sie aber nicht mehr auffindbar sei. Tatsächlich versuchte die Beklagte ohne Erfolg das für die Klägerin bestimmte Paket bei der ... abzuholen. Dazu generierte

sie selbst einen Abholauftrag mit dem Vermerk; »Vertauschter AHA. Bitte Ware von ... abholen!«.

Unter dem 30.11.2018 wandte sich die Mitarbeiterin ... für die ... an die ... und erklärte die Haftbarhaltung für den Transport vom 10.09.2018. Mit anwaltlichem Schreiben vom 02.05.2019 wandte sich die Klägerin an die Beklagte und forderte diese zur Regulierung eines Schadens i.H.v. 111.743,57 € bis zum 20.05.2019 auf. Mit weiterem anwaltlichen Schreiben vom 07.05.2019 forderte die Klägerin die Beklagte zur Zahlung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten i.H.v. 2.402,00 € bis zum 20.05.2019 auf. Die Beklagte wies mit E-Mail vom 13.05.2019 jegliche Ansprüche zurück.

Am 18.07.2019 gab die eine von ihrem Geschäftsführer unterzeichnete Abtretungserklärung gegenüber der Klägerin ab. Diese lautet auszugsweise wie folgt:

[...]

Schaden 10.09.2018, Sendungs-Nr. 3...

Hinsichtlich des o.g. Schadensfalls übertragen ich/wir hiermit meine/unsere sämtlichen Rechte und Ansprüche gegenüber Dritten an Firma

Diese Abtretung unterliegt deutschem Recht.

Gleichzeitig bestätigen wir, von dem vorgenannten Versicherer für den Schaden i.H.v. 111.743,57 € entschädigt worden zu sein.

[...]

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, sie sei aktivlegitimiert, da sie Versicherer der ... sei. Insoweit hat sie behauptet, sie habe die für das verlorene Paket in voller Höhe entschädigt. Sie hat ferner die Ansicht vertreten, jedenfalls aufgrund der Abtretungserklärung vom 18.07.2019 zur Geltendmachung der Schadensersatzforderung der ... berechtigt zu sein.

Die Klägerin hat weiterhin behauptet, ein für die ... bestimmtes Paket sei von der Beklagten mit einem Paket der ... vertauscht worden. Insoweit habe die Beklagte in ihrem zentralen Umschlagdepot (Hub) die Versandlabels verwechselt. Die Pakete sowohl für die ... als auch für ... seien von der ... ordnungsgemäß adressiert worden. Das an die ... ausgelieferte Paket sei dann schließlich dort in Verlust geraten.

Die Klägerin hat weiter behauptet, der Inhalt des in Verlust geratenen Pakets habe einen Wert von 111.743,57 € aufgewiesen, was sich aus Handelsrechnung und Lieferschein der ... ergebe. Die ... habe insoweit die Waren zu den Positionen 12 und 13 (ein Kühlwaretransport-Paket) sowie Positionen 15 bis 21 des Lieferscheins (ein Ambient-Express-Paket) erhalten, mithin sei die Ware zu den Positionen 1 bis 11 sowie Position 14 des Lieferscheins mit dem weiteren Ambient-Express-Paket in Verlust geraten.

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, aufgrund der langjährigen Geschäftsbeziehung zwischen der ... und der Beklagten sei es nicht notwendig gewesen, den besonders hohen Wert der Sendung zu deklarieren. Insoweit hat sie behauptet, dass bereits zu Beginn der Geschäftsbeziehung der Beklagten ausführlich erklärt worden sei, dass Pharmaprodukte für die

Humanmedizin versendet würden, die einen besonders hohen Wert hätten. Außerdem sei dies der Beklagten auch aus Hunderten von Schadensfällen bekannt. Aber selbst wenn die ... den hohen Wert deklariert hätte, hätte die Beklagte die Arzneimittel in gleicher Art und Weise befördert.

[...]

Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, die Klägerin sei schon nicht aktivlegitimiert. Ein Forderungsübergang nach dänischem Versicherungsrecht sei weder ersichtlich noch dargelegt. Darüber hinaus werde sowohl die Zahlung einer Entschädigung seitens der Klägerin als auch das Bestehen eines Versicherungsverhältnisses mit der ... bestritten.

Weiter hat die Beklagte behauptet, sie habe zwei Pakete für die übernommen und diese auch ordnungsgemäß ausgeliefert. Sofern es doch eine Verwechslung gegeben haben sollte, sei dies darauf zurückzuführen, dass schon die ... die Pakete falsch adressiert habe.

Weiterhin hat die Beklagte den von der Klägerin geltend gemachten Schaden in Abrede gestellt. Der Inhalt des angeblich verlorenen Pakets sei zu bestreiten. Insoweit hat die Beklagte die Ansicht vertreten, der Fahrer habe mit dem Übernahmebeleg lediglich bestätigt, zwei Pakete übernommen zu haben; den Inhalt habe er damit allerdings nicht zugestanden, zumal ihm weder Rechnung noch Lieferschein übergeben worden seien.

Die Beklagte hat weiter die Auffassung vertreten, die ... hätte sie vor dem Transport über die Werthaltigkeit der Arzneimittel aufklären müssen. Ihr sei auch nicht von Anfang an bekannt gewesen, dass die Transporte der ... derart werthaltig seien. Schließlich liefere die Beklagte Pakete jeglicher Art aus. Hätte sie gewusst, wie wertvoll der Paketinhalt sei, so hätte sie besondere Sicherheitsmaßnahmen ergriffen.

Das Landgericht hat der Klage vollumfänglich stattgegeben. Zur Begründung hat es in dem angefochtenen Urteil ausgeführt, die Aktivlegitimation der Klägerin ergebe sich aus der Übergabe der Schadensunterlagen. Diese seien durch die Prozessbevollmächtigten der Klägerin in diesem Rechtsstreit vorgelegt worden. Bei lebensnaher Betrachtungsweise sei davon auszugehen, dass die Klägerin die Unterlagen zuvor von der ... erhalten habe und sie schließlich an ihre Prozessbevollmächtigten übergeben habe. Außerdem stehe fest, dass das Paket mit dem durch die Rechnung und den Lieferschein nachgewiesenen Inhalt verloren gegangen sei. Soweit die Beklagte die Abgabe des für die Klägerin bestimmten Pakets bei der ... und seine Unauffindbarkeit bestreite, verstoße sie gegen ihre prozessuale Wahrheitspflicht, da sie vorgerichtlich noch ganz anders zu dem Vorgang Stellung bezögen habe. Aus dem gleichen Grund sei auch das Bestreiten der falschen Etikettierung unbeachtlich. Die Beklagte habe auch qualifiziert schuldhaft gehandelt, weswegen die Haftung nicht beschränkt sei. Dies folge aus dem Umstand der fehlerhaften Etikettierung. Die Klägerin müsse sich auch kein Mitverschulden entgegen halten lassen, da der Beklagten wegen ihrer langjährigen Geschäftsbeziehung zur ... der hohe Wert der Arzneimittelsendungen bekannt gewesen sei. Außerdem sei nicht davon auszugehen, dass die Beklagte von einem Transport Abstand genommen hätte, wenn sie auf den Wert der Arzneimittel hingewiesen worden wäre.

Gegen das Urteil des Landgerichts wendet sich die Beklagte mit der Berufung, mit der sie ihr Ziel der Klageabweisung weiter verfolgt. Zur Begründung des Rechtsmittels führt sie aus, das Landgericht sei zu Unrecht von einer nachgewiesenen Aktivlegitimation ausgegangen. Denn die im Prozess vorgelegten Unterlagen hätten auch unmittelbar von der ... den klägerischen Prozessbevollmächtigten übergeben worden sein können. Daher verbiete sich der Schluss, die ... habe die Unterlagen zuvor an die Klägerin übermittelt. Des Weiteren sei von der Klägerin kein deutschsprachiger Vertrag vorgelegt worden, aus dem sich die Stellung der als Versicherungsnehmerin ergebe. Zudem sei auch die Entschädigungszahlung der Klägerin an die ... nicht belegt.

Außerdem sei das Landgericht fälschlicherweise von einem Verlust der Medikamente i.S.d. § 425 HGB ausgegangen. Zum einen stehe nicht fest, dass die ... das Paket richtig an die ... adressiert habe. Im Übrigen habe sie vorprozessual das Vertauschen und den Verlust des Paketes nicht unstrittig gestellt. Die Mitarbeiter, die die von der Klägerin vorgelegten E-Mails verfasst hätten, hätten aus eigener Anschauung keine Kenntnis von dem Geschehen gehabt und seien zu einer Anerkenntniserklärung nicht bevollmächtigt gewesen. Auch liege kein Verlust in ihrer Obhut vor, da das Paket unstrittig bei der abgegeben worden und dort verloren gegangen sei.

Zudem meint die Beklagte, die Klägerin habe auch den Inhalt des angeblich in Verlust geratenen Pakets nicht nachgewiesen. Der Bundesgerichtshof habe seine frühere Rechtsprechung, es bestehe eine tatsächliche Vermutung dafür, dass in Handelsrechnungen angegebene Waren Inhalt einer Sendung seien, aufgegeben. Im Streitfall spreche zudem gegen die Annahme einer solchen Vermutung, dass zwei Pakete in den Versand gegeben worden seien und Handelsrechnung sowie Lieferschein der ... nicht nach dem Inhalt der jeweiligen Pakete differenzierten.

Weiter sei auch kein Schaden bei der ... eingetreten, sondern bei der ... da diese Partei des Kaufvertrags mit der ... gewesen sei. Es sei schließlich auch zu bestreiten, dass die ... und die eine Holschuld vereinbart hätten. Zudem sei in Abrede zu stellen, dass die Beauftragung zur Abholung der Medikamente durch die ... im Interesse der ... erfolgt sei. Aus dem von der Klägerin vorgelegten Abgrenzungsvertrag gehe nicht hervor, dass die ... für die ... mit der Versendung von Arzneimitteln und der Beauftragung von Frachtführern betraut worden sei.

Hinsichtlich der Haftungsbegrenzung sei das Landgericht außerdem zu Unrecht davon ausgegangen, dass eine falsche Etikettierung stets ein qualifiziertes Verschulden begründe. Soweit das Landgericht eine Kenntnis der Beklagten von dem hohen Wert der Lieferung annehme, ignoriere es, dass Medikamententransporte durch ihr Schwesterunternehmen ... ausgeführt würden. Ohnehin habe die Klägerin darzulegen und zu beweisen, dass sie – die Beklagte – bei entsprechender Wertdeklaration zusätzliche Sicherheitsmaßnahmen ergriffen hätte. Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung komme ihr insoweit eine Vermutung zu Gute. Denn die ... habe eine Beförderung von Verbotsgut in Auftrag gegeben. Aus ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen gehe hervor, dass sie lediglich Pakete habe befördern wollen, die einen Wert von maximal 1.000,00 € aufgewiesen hätten.

Schließlich seien die vorgerichtlichen Anwaltskosten nicht erstattungsfähig, da es sich bei dem Schreiben vom 02.05.2019 um das anwaltliche »Erstschreiben« gehandelt habe und sie sich zu diesem Zeitpunkt nicht in Schuldnerverzug befunden habe.

Soweit die Klägerin in zweiter Instanz weiter zu dem Schadensfall vorgetragen habe, handele es sich zudem um neuen Vortrag i.S.d. § 531 Abs. 2 ZPO, der nicht zuzulassen sei.

[...]

Die Klägerin [...] verteidigt das erstinstanzliche Urteil und führt zur Begründung aus, dass ihre Angaben als Transportversicherer zu den Versicherungsverhältnissen als wahr zu unterstellen seien. Auch habe die ... die Schadensunterlagen zunächst an sie und nicht unmittelbar an ihre Prozessbevollmächtigten übersendet. Bereits im April 2019 habe es deswegen Korrespondenz zwischen der ... und der Klägerin gegeben. Zudem ergebe sich aus der Versicherungspolice, dass ein Versicherungsvertrag mit der ... bestehe.

Außerdem sei die ... berechtigt, den Schaden der ... im Wege der Drittschadensliquidation geltend zu machen. Die ... sei mit der ... durch einen Abgrenzungsvertrag vom 15.12.2014 verbunden, wonach die ... den Bezug und die Lagerung von Arzneimitteln für die ... übernehme und in diesem Zusammenhang auch befugt sei, Frachtunternehmen mit dem Transport zu beauftragen. Die ... habe die Sendung bei der ... vereinbarungsgemäß abholen müssen, was auch der tatsächliche Umstand der Abholung belege. Wie im Rahmen der Zusammenarbeit der beiden Gesellschaft vereinbart, sei die ... auch im Streitfall mit der Warenabwicklung betraut gewesen.

Auch habe das Landgericht zu Recht angenommen, dass die Beklagte ein Vertauschen der Pakete heute nicht mehr bestreiten könne. Die Beklagte habe vorprozessual bestätigt, dass es zu einer Vertauschung eines der an die adressierten Pakete mit einer für die ... bestimmten Sendung gekommen sei, die sich deshalb ereignet habe, da die Beklagte die von ihr generierten Versandlabel verwechselt und eines der für die ... adressierten Pakete mit einem Versandlabel versehen habe, das auf das Paket der ... hätte aufgebracht werden müssen. Umgekehrt sei das für die bestimmte Paket mit dem Versandlabel der ... versehen worden. Insbesondere aus der Erklärung des Zeugen ... vom 17.05.2019 gehe hervor, dass auch das streitgegenständliche Paket ordnungsgemäß an die adressiert gewesen sei. Die ... versehe ihre Pakete stets mit einer Versandtasche nebst sichtbarem Adressfeld. Der Versandtasche seien Lieferschein und ggf. Rechnung beigelegt.

Hinsichtlich des Inhalts der letztlich verloren gegangenen Sendung begründeten die vorgelegten Sendungspapiere eine tatsächliche Vermutung dafür, dass der Beklagten die streitgegenständlichen Güter vollständig und unversehrt von der ... übergeben worden seien. Jedenfalls seien in dem verloren gegangenen Paket diejenigen Medikamente vorhanden gewesen, die auf dem Lieferschein aufgelistet worden seien und die von Mitarbeitern der ... nicht als »erhalten« markiert worden seien. Die Mitarbeiter der ... kontrollierten den Sendungsinhalt im »Vier-Augen-Prinzip« und zeichneten die Ordnungsgemäßheit der Sendung auf einem einbehaltenen Exemplar des Lieferscheins ab. Auf diese Weise sei sicherge-

stellt, dass der Inhalt eines Pakets auch den Warenangaben auf dem Lieferschein entspreche.

Schließlich könne sich die Beklagte auch nicht mit Erfolg auf den Mitverschuldenseinwand berufen. Bei dem Versand von Medikamenten für die Humanmedizin sei allgemein bekannt, dass die Güter regelmäßig mehr als den zehnfachen Wert der Regelhaftung des § 431 HGB aufgewiesen hätten. Der Beklagten sei aus der bisherigen Geschäftsverbindung mit der auch bekannt, dass die ausschließlich Medikamente von mehr als dem zehnfachen Regelhaftungswert befördern lasse. Außerdem sei der Transport von hochwertigen Medikamenten zulässig, da die Beklagte nach ihren eigenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen bis 1,25 Million € hafte. Zudem befördere die Beklagte ohnehin alle Güter gleich, egal ob wertdeklariert oder nicht. Daher hätte sich die Beklagte selbst im Falle einer Wertkenntnis nicht anders verhalten, da sie gerade damit werbe, Spezialist für den Transport hochwertiger und sensibler Güter zu sein.

Die Klägerin behauptet weiter, die Rechnung der ... vom 07.09.2018 über 178.169,81 € habe die ... mit Wertstellung zum 05.10.2018 vollständig ausgeglichen, wobei sie auf den von ihr überreichten Kontoauszug Bezug nimmt.

[...]

**B.**

Die gem. § 511 ZPO statthafte sowie nach §§ 517 ff. ZPO form- und fristgerecht eingelegte und begründete Berufung der Beklagten hat in der Sache keinen Erfolg.

**I.**

Die angefochtene Entscheidung des Landgerichts Münster beruht weder auf einer Rechtsverletzung (§ 546 ZPO) noch rechtfertigen die nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen eine andere Entscheidung (§ 513 ZPO).

Das Landgericht hat der Klägerin im Ergebnis zu Recht Schadensersatz nebst vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten und Zinsen zugesprochen.

**1.**

Einen Anspruch der Klägerin auf Zahlung von Schadensersatz wegen des mit dem Verlust des Pakets einhergehenden Warenschadens i.H.v. 111.743,57 € folgt aus §§ 425 Abs. 1, 435 HGB i.V.m. § 398 Satz 2 BGB.

Im Einzelnen:

**a.**

Ob es sich bei der Klägerin um den Versicherer der ... handelt, sie die in vorgenannter Höhe für den Warenschaden entschädigt hat und ob das dänische Versicherungsrecht eine dem § 86 Abs. 1 Satz 1 VVG entsprechende Bestimmung kennt, nach der der Ersatzanspruch des Versicherungsnehmers gegen den Dritten auf den Versicherer übergeht, wenn dieser den Schaden seines Versicherungsnehmers ersetzt, bedarf keiner Aufklärung durch den Senat.

Denn die Klägerin ist jedenfalls aufgrund einer Abtretungsvereinbarung mit der ... der vorherigen Inhaberin des Ersatzanspruchs aus § 425 Abs. 1 HGB, aktivlegitimiert.

**aa.**

Gem. § 398 Satz 1 BGB kann eine Forderung von dem Gläubiger durch Vertrag mit einem anderen auf diesen übertragen werden. Mit dem Abschluss des Vertrags tritt der neue Gläubiger nach § 398 Satz 2 BGB an die Stelle des bisherigen Gläubigers.

Unstreitig hat die ... unter dem 18.07.2019 schriftlich die Abtretung des streitgegenständlichen Ersatzanspruchs gegenüber der Klägerin, vertreten durch ihren Geschäftsführer, erklärt. Dieses Angebot brauchte die Klägerin nicht durch Erklärung gegenüber der ... anzunehmen. Nach der Vorschrift des § 151 Satz 1 BGB kommt ein Vertrag durch die Annahme des Antrags zustande, ohne dass die Annahme gegenüber dem Antragenden erklärt zu werden braucht, wenn eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist oder der Antragende auf sie ausdrücklich oder stillschweigend verzichtet hat. Eine derartige Verkehrssitte besteht im Allgemeinen bei unentgeltlichen Zuwendungen und für den Antragsempfänger lediglich vorteilhaften Rechtsgeschäften. Um ein solches lediglich vorteilhaftes Rechtsgeschäft handelt es sich bei der Abtretung (vgl. BGH, Urt. v. 12.10.1999 – ZR 24/99 [richtig wohl: XI ZR 24/99], in: NJW 2000, 276).

Allerdings bedarf es für das Zustandekommen des Vertrags auch in den Fällen des § 151 Satz 1 BGB der Annahme, d.h. eines als Willensbetätigung zu wertenden, nach außen hervortretenden Verhaltens des Angebotsempfängers, aus dem sich dessen Annahmewille unzweideutig ergibt. In welchen Handlungen eine ausreichende Betätigung des Annahmewillens zu finden ist, kann grundsätzlich nur in Würdigung des konkreten Einzelfalls entschieden werden. Dabei ist mangels Empfangsbedürftigkeit der Willensbetätigung nicht auf den Empfängerhorizont (§ 157 BGB), sondern darauf abzustellen, ob das Verhalten des Angebotsadressaten vom Standpunkt eines unbeteiligten objektiven Dritten aufgrund aller äußeren Indizien auf einen wirklichen Annahmewillen (§ 133 BGB) schließen lässt (vgl. BGH, a.a.O., m.w.N.). Ein Abtretungsangebot ist spätestens dann angenommen, wenn der Zessionar die Forderung einklagt (vgl. BGH, Urt. v. 14.04.1999 – VIII ZR 370/97, in: NJW 1999, 2179).

Ihren Annahmewillen hat die Klägerin hier dadurch eindeutig nach außen dokumentiert, indem sie die bereits unter dem 15.07.2019 beim Landgericht eingereichte Klage in der Folgezeit weiterverfolgt hat und im Rahmen dessen mit Schriftsatz vom 09.12.2019 die Abtretungserklärung der zu den Gerichtsakten gereicht hat, um Ihre Klage auch auf die en Gesichtspunkt zu stützen (ebenso OLG Jena, Beschl. v. 03.07.2008 – 1 UF 141/08, Rn. 76, zit. n. juris; OLG Koblenz, Beschl. v. 27.05.2010 – 2 U 1267/09, in: NJW-RR 2010, 1460).

**bb.**

Die Abtretung ist auch nicht wegen mangelnder Bestimmbarkeit der abgetretenen Forderung unwirksam.

Eine Abtretung ist nur wirksam, wenn die Forderung, die Gegenstand der Abtretung ist, bestimmt oder wenigstens bestimmbar ist. Dieses Erfordernis ergibt sich aus der Rechtsnatur der Abtretung, die ein dingliches Rechtsgeschäft ist. Wie ein Gläubigerrecht nur an einer bestimmten oder min-

destens bestimmbarer Forderung bestehen kann, so kann auch nur das Gläubigerrecht an einer bestimmten oder bestimmbarer Forderung Gegenstand der Abtretung sein. (vgl. z.B. BGH, Urt. v. 11.05.2017 – IX ZR 238/15, in: BeckRS 2017, 115081, Rn. 25).

Die hier in Rede stehende Abtretung genügt den Bestimmtheitsanforderungen. In der Abtretungserklärung der ... ist die den Streitgegenstand dieses Rechtsstreits bildende Schadensersatzforderung nach Grund und Höhe konkret beschrieben.

cc.

Unbedenklich ist ferner, dass in dem Abtretungsvertrag die Geltung deutschen Rechts für die Abtretung vereinbart worden ist.

Zwar können Altgläubiger und Neugläubiger nicht ohne Zustimmung des Schuldners wirksam verabreden, die Abtretung einer nationalen Rechtsordnung zu unterstellen, die von der abweicht, der die abgetretene Forderung unterliegt (vgl. OLG Köln, Urt. v. 26.06.1986 – 1 U 12/86, in: NJW 1987, 1151). Die im Streitfall abgetretene Schadensersatzforderung unterliegt jedoch ohnehin deutschem Transportrecht, so dass die Erklärung zur Geltung deutschen Rechts unbedenklich ist und nur deklaratorische Wirkung hat.

b.

Die Haftungsvoraussetzungen des § 425 Abs. 1 HGB sind im Streitfall erfüllt.

Nach der vorgenannten Vorschrift haftet der Frachtführer insbesondere für den Schaden, der durch Verlust des Gutes in der Zeit von der Übernahme zur Beförderung bis zur Ablieferung entsteht.

aa.

Zwischen der ... und der Beklagten wurde betreffend der im Wege des Ambient-Express bei der ... auftragsgemäß abzuholenden zwei Pakete unstreitig ein Frachtvertrag i.S.d. §§ 407 ff. BGB geschlossen.

bb.

Ferner ist der Senat nach dem Ergebnis der durchgeführten Beweisaufnahme davon überzeugt, dass es während der Obhutszeit der Beklagten zu einem teilweisen Sendungsteilverlust gekommen ist, da die Beklagte eines der beiden Ambient-Express-Pakete der ... die beide für die ... bestimmt und zutreffend adressiert waren, an einen falschen Empfänger abgeliefert hat und das Paket anschließend nicht mehr zurückerlangt werden konnte.

(1)

Verloren ist das Gut auch bei einer Falschablieferung durch den Frachtführer, d.h. die Ablieferung an eine andere Person als den vom Absender bezeichneten Empfänger oder ermächtigten Dritten, es sei denn, das Gut kann alsbald zurückerlangt und doch noch an den berechtigten Empfänger ausgeliefert werden. Es kommt in diesem Zusammenhang nicht darauf an, ob das Gut körperlich noch vorhanden ist und/oder ob es später ggf. wieder aufgefunden werden könnte (vgl. BGH, Urt. v. 27.10.1978 – I ZR 30/77, Rn. 14, zit. n. juris; Urt. v. 13.07.2000 – I ZR 156/98 [= TranspR

2001, 298], Rn. 18, zit. n. juris; Urt. v. 01.12.2016 – I ZR 128/1, [richtig wohl: I ZR 128/15 = TranspR 2017, 175] Rn. 21, zit. n. juris; Koller, Transportrecht, 10. Aufl. 2020, § 425, Rn. 7; Schaffert, in: EBJS, HGB, 4. Aufl. 2020, § 425, Rn. 6).

(2)

Gemessen an diesen Maßstäben ist es im Streitfall zu einem Verlust des Pakets im vorgenannten Sinne gekommen. Dies hat die für den Sendungsteilverlust darlegungs- und beweisbelastete Klägerin (vgl. Senat, Urt. v. 27.01.2011 – 18 U 81/09, [= TranspR 2011, 181] Rn. 28, zit. n. juris, m.w.N.) nachzuweisen vermocht.

(a)

Der Senat war in diesem Zusammenhang allerdings nicht gem. § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO an die Feststellung des Landgerichts, eine Falschablieferung stehe aufgrund unzulässigen und daher unbeachtlichen Bestreitens der Beklagten fest, gebunden.

Das Landgericht hat bei den angestellten Erwägungen nicht beachtet, dass eine Beweisaufnahme über streitige Punkte nicht schon deshalb entbehrlich ist, weil die Sachverhaltsschilderung einer Partei, mit ihren vorprozessualen Angaben nicht Einklang zu bringen ist. Denn nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist eine Partei nicht gehindert, ihr Vorbringen sogar noch im Laufe des Rechtsstreits, ggf. auch noch in höherer Instanz, zu ändern (vgl. BGH, Urt. v. 01.07.1999 – VII ZR 202/98. Rn. 9, zit. n. juris). Ein Widerspruch zu früherem Vortrag steht danach einer Beweiserhebung nicht entgegen; er kann aber ggf. bei der Beweiswürdigung Beachtung finden. Nichts anderes kann für einen Fall wie den vorliegenden gelten, in dem das prozessuale Vorbringen nicht mit vorprozessualen Erklärungen übereinstimmt (ebenso OLG Düsseldorf, Urt. v. 11.10.2005 – 4 U 198/04, Rn. 18, zit. n. juris).

Ob die fehlerhafte Nicht-Berücksichtigung des Beklagtenvortrags die Aufhebung und Zurückverweisung der Sache an das Landgericht gerechtfertigt hätte, bedarf keiner abschließenden Entscheidung. Der Senat hat von seinem Ermessen Gebrauch gemacht und gem. § 538 Abs. 1 ZPO zur Vermeidung von Verzögerungen die notwendigen Beweise selbst erhoben und in der Sache entschieden.

(b)

Im Rahmen der in zweiter Instanz durchgeführten Beweisaufnahme und der anzustellenden Gesamtbewertung war der Senat gehalten, auch das ergänzende und vertiefende zweitinstanzliche Vorbringen der Parteien zu berücksichtigen.

Entgegen der Auffassung der Beklagten lag auch in dem weiteren Vorbringen der Klägerin zum teilweisen Sendungsverlust schon kein neuer Vortrag i.S.d. § 531 Abs. 2 ZPO. Ein in zweiter Instanz konkretisiertes Vorbringen ist dann nicht neu, wenn ein bereits schlüssiges Vorbringen aus erster Instanz durch weitere Tatsachenbehauptungen zusätzlich konkretisiert, verdeutlicht oder erläutert wird (vgl. BGH, Beschl. v. 06.05.2015 – VII ZR 53/13, in: NJW-RR 2015, 1109, Rn. 11). Das ist hier der Fall.

Selbst wenn man den Vortrag der Klägerin (teilweise) als neu einordnen wollen würde, würde er jedenfalls nach § 531

Abs. 2 Nr. 1 ZPO zulässig sein. Die vorgenannte Regelung gestattet neues Vorbringen zu Gesichtspunkten, die vom Erstgericht als unerheblich betrachtet oder übersehen wurden, sofern die Rechtsansicht des Erstgerichts den erstinstanzlichen Parteivortrag beeinflusst hat und damit zumindest mitursächlich dafür geworden ist, dass sich Parteivorbringen in die Berufungsinstanz verlagert. Hiervon ist bereits dann auszugehen, wenn das Erstgericht, hätte es die vorn Berufungsgericht für zutreffend erachtete Rechtsauffassung geteilt, zu einem Hinweis nach § 139 Abs. 2 ZPO verpflichtet gewesen wäre. Unter diesen Voraussetzungen ist in Fortführung des Rechtsgedankens des § 139 ZPO der Partei Gelegenheit zu geben, die bisherige Lücke im Vortrag zu schließen (vgl. *Rimmelspacher*, in: MüKo, ZPO, 6. Aufl. 2020, § 531, Rn. 20). Der Senat war nach § 139 ZPO gehalten, mit Hinweisbeschluss vom 13.12.2021 auf einzelne Lücken im Vorbringen der Parteien hinzuweisen. Sowohl die Klägerin als auch die Beklagte haben sodann von der ihnen eingeräumten Gelegenheit zur Ergänzung ihres bisherigen Vortrags Gebrauch gemacht.

(c)

Unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses der Beweisaufnahme steht zur sicheren Überzeugung des Senats (§ 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO) fest, dass von der ... sämtliche Pakete, insbesondere die beiden für die ... bestimmten Ambient-Express-Pakete und das für die ... bestimmte Paket ordnungsgemäß an die jeweiligen Empfänger – die ... einerseits und die ... andererseits – adressiert worden waren und es in der Obhutszeit der Beklagten zu einer Verwechslung von zwei Paketen kam, so dass die Beklagte bei der ... ein für die ... bestimmtes Paket anlieferte und sie eines der beiden für die ... bestimmten Pakete zu der ... verbrachte, von wo es bis heute nicht wieder zurückerlangt werden konnte.

Gem. § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO hat das Gericht unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses der Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten ist. Diese Überzeugung des Richters erfordert keine – ohnehin nicht erreichbare – absolute oder unumstößliche, gleichsam mathematische Gewissheit und auch keine »an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit«, sondern lediglich einen für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewissheit, der Zweifeln Schweigen gebietet. Keinesfalls braucht eine mathematische Sicherheit vorzuliegen, die jeden möglichen Zweifel und jede denkbare Möglichkeit des Gegenteils ausschließt (vgl. BGH, Urt. v. 11.07.1991 – III ZR 177/90, in: BGHZ 115, 141; OLG München, Urt. v. 21.06.2013 – 10 U 1206/13, in: BeckRS 2013, 10610).

Der demnach jedenfalls erforderliche brauchbare Grad von Gewissheit ist hier erreicht.

So haben die Zeugen – Inhaber der ... – und die Zeugin ... – Mitarbeiterin des vorgenannten Zeugen – glaubhaft und übereinstimmend bekundet, dass es bei der Vorbereitung der hier in Rede stehenden Pakete für die Abholung durch die Beklagte nicht zu einem Fehler bei der Adressierung gekommen sein könne. Es sei im Rahmen des betrieblichen Qualitätsmanagements interne Vorgabe, dass sämtliche Pa-

kete mit einer Versandtasche zu versehen seien, in die Lieferschein und ggf. Rechnung verbracht würden. Von außen sei mit einem Blick auf die Versandtasche der Empfänger des Pakets mit seiner Adresse zu ersehen. Neben der Verpackung der Ware in die Pakete werde auch die richtige Anbringung der Versandinformationen in der Versandtasche im Vier-Augen-Prinzip kontrolliert. Der Zeuge ... hat darüber hinaus anschaulich berichtet, dass stets nur ein Paket nach dem anderen gepackt werde und so Sendung für Sendung für den Transport vorbereitet werde. Erst wenn eine Sendung vollständig vorbereitet sei, wende man sich danach ggf. weiteren Paketen zu. Es sei nicht so, dass mehrere Sendungen an unterschiedliche Empfänger zeitgleich gepackt würden oder zeitgleich fertig gepackte, aber noch nicht mit einer Versandtasche versehene Pakete im Versandbereich herumstünden. Weiter haben beiden vorgenannten Zeugen übereinstimmend und plausibel berichtet, dass man bei den hier in Rede stehenden Paketen nicht anders vorgegangen sei, ganz im Gegenteil habe hier wegen des hohen Warenwerts sogar eine Kontrolle im Sechs-Augen-Prinzip stattgefunden. Die Zeugin ... habe die Ware gepackt, die weitere Mitarbeiterin ... habe kontrolliert und der Zeuge ... habe eine weitere Prüfung vorgenommen. Diese Vorgehensweise sei auch auf dem Exemplar des Lieferscheins der bei der verblieben sei, handschriftlich dokumentiert worden.

Damit steht für den Senat fest, dass die Verantwortlichen der ... die Pakete mit den korrekten Versandinformationen versehen haben und die ... dort insbesondere als Empfängerin des Paktes ausgewiesen war, das die Beklagte in der Folge fehlerhaft an die ... lieferte. Die Aussagen der Zeugen und ... waren ... authentisch, in jeder Hinsicht widerspruchsfrei und sind auch miteinander vollends in Einklang zu bringen. Sie werden zudem durch den Akteninhalt gestützt. Auf dem bei den Unterlagen ... der verbliebenen Lieferschein, der dem Senat in Ablichtung vorliegt, sind die handschriftlichen Prüfkürzel des Zeugen und seiner Mitarbeiterin ... enthalten. Auch in Anbetracht des Zeitablaufs sind Aussagen der beiden Zeugen belastbar. Der Zeuge ... hat bekundet, sogar noch über präsenste Erinnerungen zu verfügen, was er plausibel damit erklärte, dass es eher selten vorkomme, dass Pakete in Verlust gerieten, zumal die für die Abholung vorbereiteten Arzneimittel hier auch noch sehr wertvoll gewesen seien. Zudem gab der Zeuge ... bereits am 17.05.2019 per E-Mail eine Erklärung gegenüber der ab, die dem Inhalt seiner Aussage vor dem Senat entspricht.

Der Senat verkennt nicht, dass sich auch bei klaren Vorgaben und sorgfältig ausgeführten Routinen Fehler bei Abwicklung von Warensendungen einschleichen können. Im Streitfall bestehen dafür allerdings keinerlei Anhaltspunkte. Der Senat hält es für sichergestellt, dass es durch die intern verbindlich vorgegebenen Verpackungsroutinen der ... und der im Streitfall besonders hohen Kontrolldichte im Sechs-Augen-Prinzip zu keinem Fehler bei Aufbringung der zutreffenden Empfängerinformationen auf den hier in Rede stehenden Paketen gekommen ist.

Darüber hinaus korrespondieren die Aussagen der Zeugen ... und auch mit den ebenfalls glaubhaften Bekundungen des Zeugen .... Der als Logistiker bei der ... tätige Zeuge hat bekundet, dass man von der Sendung der ... an die ... lediglich zwei Pakete erhalten habe. Ein Paket sei von der ...

mittels Kühltransport eingetroffen. Ein zweites Paket sei von der Beklagten angeliefert worden. Bei der Lieferung der Beklagten habe sich zwar auch noch ein drittes Paket befunden. Dabei habe es sich jedoch nicht um das erwartete dritte Paket gehandelt, sondern um ein an die ... adressiertes Paket, was man bei dem Entpacken der Ware anhand dem der Sendung beigefügten Lieferschein der ... festgestellt habe. Das eigentlich erwartete dritte Paket der Sendung sei auch nach einer Suche im gesamten Wareneingangsbereich, die er persönlich durchgeführt habe, nicht aufgefunden worden. Schließlich habe er nach Beanstandung der Lieferung bei der Beklagten erfahren, dass das dritte Paket der Lieferung bei der angeliefert worden sei. Deshalb habe aus seiner Sicht alles für eine Verwechslung der Versandlabels durch die Beklagte gesprochen. Auch diese Aussage des Zeugen ... überzeugt den Senat, sie ist in sich widerspruchsfrei, vollumfänglich nachvollziehbar und steht in Einklang mit den Bekundungen der Zeugen ... und ... Jedenfalls das für die bestimmte Paket war nach eigener Anschauung des Zeugen ... von der ... richtig adressiert worden.

Ein vollends schlüssiges Gesamtbild ergibt sich schließlich, wenn man noch die glaubhafte Aussage des für die Beklagte tätigen Zeugen ... heranzieht. Der Zeuge hat ausgesagt, zum Zeitpunkt des hier in Rede stehenden Abholauftrags bei der Beklagten als Ansprechpartner für die tätig gewesen zu sein. Bei der Abwicklung des Auftrags seien im Depot der Beklagten in Dortmund zwei Pakete vertauscht worden. Dazu sei es gekommen, weil nach seinen Nachforschungen dort die Versandlabel verwechselt worden seien. Im Zentrallager der Beklagten komme ein Versandlabel mit Barcode auf abgeholte Pakete. Dieses Label werde über das Abholauftragsformular generiert und dann auf das Paket geklebt. Die Zustellung der Pakete richte sich ausschließlich nach den auf den Versandlabels ausgewiesenen Empfängern. Es sei noch versucht worden, das Paket der ... bei der abzuholen. Dazu sei ein Auftrag durch die Beklagte generiert worden. Wenn dabei auf dem Auftragsformular »vertauschter AHA« vermerkt worden sei, dann stehe das für »vertauschter Abholauftrag«. Leider sei die Abholung bei der ... gescheitert und das Paket sei endgültig verloren gegangen. Zweifel an der Richtigkeit der Aussage des Zeugen bestehen nicht. Der Zeuge hat anschaulich von seinen während der damaligen Nachforschungen gewonnenen Erkenntnissen berichtet. Sie decken sich mit dem Akteninhalt, insbesondere der vorgerichtlichen Korrespondenz mit dem Zeugen ... und fügen sich nahtlos in die Aussagen der Zeugen ... und ... ein.

Bei der vorzunehmenden Gesamtbetrachtung hat der Senat auch berücksichtigt, dass das prozessuale Verhalten der Beklagten nicht mit den Erkenntnissen ihrer Mitarbeiter, wie sie in der Aussage des Zeugen ... und der Anlage K 15 zum Ausdruck kommen, in Einklang steht. Eine abweichende Sachverhaltsschilderung mag der Beklagten im Prozess zwar nicht per se verwehrt sein (s.o.). Die Beklagte teilt jedoch auch nicht mit, ob und aus welchen Gesichtspunkten heraus, sie heute über bessere Erkenntnisse zu dem teilweise gescheiterten Abholauftrag verfügt, als der Zeuge ... oder ihre damalige Mitarbeiterin ... die im Rahmen der E-Mail-Korrespondenz mit dem Zeugen ... im September 2018 ebenfalls die Erkenntnis gewonnen hatte, dass die Dortmunder Niederlassung der Beklagten eine Vertauschung der Pakete

verursacht hat. Ob dieser Aspekt bereits einen Verstoß gegen die prozessuale Wahrheitspflicht (§ 138 Abs. 1 ZPO) nahe legt, braucht nicht entschieden zu werden. Denn jedenfalls kommt dem abweichenden Sachvortrag der Beklagten bei dieser Sachlage im Rahmen der Bewertung der Beweisaufnahme keine Überzeugungskraft zu.

Nach alledem steht mit der gebotenen Sicherheit nicht nur fest, dass die Beklagte das von der ... ordnungsgemäß an die ... adressierte Paket fehlerhaft an die ... lieferte und es von dort nicht wieder beschafft werden konnte. Darüber hinaus stellt der Senat auch fest, dass Grund der Fehllieferung ohne begründete Zweifel der Umstand war, dass die Beklagte das zweite an die ... adressierte und im Wege des Ambient-Express zu befördernde Paket mit einem Versandlabel versah, das für ein an die ... adressiertes Paket bestimmt war und umgekehrt. Aufgrund der Verwechslung der Versandlabel kam es zu der verlustbegründenden Fehllieferung.

c.

Der Senat hat weiter berücksichtigt, dass die als vormalige Anspruchsinhaberin selbst nicht Geschädigte des teilweisen Warenverlustes war, sondern die ... Käuferin und Vertragspartnerin der ... Dieser Umstand gereicht der Klägerin indes nicht zum Nachteil, denn der Senat wendet die Grundsätze der Drittschadensliquidation auf den vorliegenden Fall an.

Die Voraussetzungen der Drittschadensliquidation, kraft derer die ... – bis zur Anspruchsabtretung – berechtigt war, den Schaden der ... geltend zu machen, liegen vor.

Bei der Drittschadensliquidation macht derjenige, in dessen Person die Voraussetzungen einer Anspruchsnorm mit Ausnahme des Schadens erfüllt sind, einen fremden Schaden geltend (vgl. BGH, Urt. v. 07.05.2009 – III ZR 277/08, Rn. 43, zit. n. juris). Sie setzt voraus, dass der materiell Geschädigte keinen Anspruch gegen den Schädiger, der gem. § 421 Abs. 1 Satz 2 HGB Aktivlegitimierter jedoch keinen Schaden erlitten hat. Zwischen dem materiell Geschädigten und dem gem. § 421 Abs. 1 Satz 2 HGB Aktivlegitimierten muss kein unmittelbares vertragliches Band existieren. Vielmehr genügt es, dass der Aktivlegitimierte mit dem materiell Geschädigten unmittelbar oder mittelbar vertraglich verbunden ist und die Übertragung der Obhut an den Schädiger dem Interesse des materiell Geschädigten entsprach. Unverzichtbar ist aber, dass der Aktivlegitimierte – einen Schaden unterstellt – gegen den Passivlegitimierten einen Anspruch besitzt (vgl. *Koller*, Transportrecht, HGB, 10. Aufl. 2020, § 425, Rn. 63, m.w.N.).

aa.

Es steht fest, dass die ... aufgrund eines teilweisen Verlustes der von ihr von der ... erworbenen Waren einen Schaden erlitten hat. Denn die ... war dennoch gegenüber der ... verpflichtet, den vollen Kaufpreis zu bezahlen, obwohl ihr Anspruch auf Übergabe und Übereignung der betroffenen Medikamente untergegangen war.

(1)

Die Leistungspflicht der ... in Form der Verschaffung von Eigentum an den aufgrund der Fehllieferung in Verlust geratenen Medikamenten (§ 433 Abs. 1 Satz 1 BGB) ist gem. § 275 Abs. 1 BGB untergegangen.

Der Anspruch auf Leistung ist demnach ausgeschlossen, soweit diese für den Schuldner unmöglich ist.

Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt. Aufgrund des vereinbarten Eigentumsvorbehalts bis zur vollständigen Bezahlung der Ware lag in der Übergabe der Arzneimittel an die Beklagte nicht bereits die Verschaffung von Eigentum an die ... Ihre Pflicht zur Eigentumverschaffung an die ... nach Bezahlung des Kaufpreises vermochte die ... der teilweise nicht mehr zu erbringen, nachdem ein Paket der Sendung nach Falschlieferung durch die Beklagte in Verlust geraten war. Der Befreiung von ihrer Leistungspflicht steht nicht entgegen, dass mit der Bestellung der Medikamente eine Gattungsschuld vereinbart worden ist. Denn mit der Auswahl der konkreten Medikamente, deren Verpackung und anschließender Übergabe an den Fahrer der Beklagten zur Beförderung beschränkte sich nach § 243 Abs. 2 BGB letztlich auf die ausgesonderten und übergebenen Arzneimittel.

**(2)**

Die ... ist im Umfang des Warenverlustes ihrerseits nicht von der Pflicht zur (vollständigen) Zahlung des Kaufpreises i.S.d. § 433 Abs. 2 BGB frei geworden.

Insoweit bestimmt § 446 Satz 1 BGB als speziellere Regelung abweichend von der allgemeinen Bestimmung des § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB, dass mit der Übergabe der verkauften Sache die Gefahr des zufälligen Untergangs, worunter auch der endgültige Verlust zu verstehen ist (vgl. *Weidenkaff*, in: *Grüneberg*, BGB, 81. Aufl. 2022, § 446, Rn. 6), auf den Käufer übergeht. Der Käufer muss also den vollständigen Kaufpreis bezahlen, auch wenn er die Sache nicht erhält. Das gilt auch dann, wenn der Verkäufer zum Zeitpunkt des Verlustes – wie hier die ... Apotheke aufgrund des vereinbarten Eigentumsvorbehalts – noch Eigentümer der bestellten Ware war (vgl. *Weidenkaff*, a.a.O., Rn. 15).

Die Voraussetzungen des § 446 Satz 1 BGB liegen vor. Die ... hat hier alles Erforderliche getan, indem sie vereinbarungsgemäß an ihrem Sitz in Ahlen die Ware zur Abholung bereit stellte und dem Abholdienst der Beklagten übergab, was unstreitig und zudem durch den Übernahmebeleg nachgewiesen ist. Die ... und die ... haben ferner zur sicheren Überzeugung des Senats vereinbart, dass die Medikamente bei der ... in Ahlen abzuholen waren (Holschuld). Das ergibt sich aus den Aussagen sämtlicher Zeugen zu dem streitgegenständlichen Verlustgeschehen und folgt letztlich auch aus dem tatsächlichen Umstand, dass die Beklagte unstreitig mit der Abholung der Medikamente beauftragt wurde. Wenn der Käufer die vereinbarte Abholung nicht selbst vornimmt, sondern ein Transporteur beauftragt ist, stellt die Übergabe an diesen Transporteur – unabhängig davon, ob er Besitzdiener oder Besitzmittler des Käufers ist – eine Übergabe an den Käufer dar, da der Transporteur allein der Sphäre des Käufers zuzurechnen ist (vgl. *Faust*, in: BeckOK, BGB, 62. Ed. 01.05.2022, § 446, Rn. 6).

**bb.**

Der Senat hat keine Zweifel daran, dass die ... die Handelsrechnung Nr. 7223 der ... über 178.169,81 € unter dem 05.10.2018 vollständig bezahlt hat. Das ergibt sich nicht nur aus dem von der Klägerin vorgelegten Kontoauszug, sondern auch aus den übereinstimmenden und glaubhaften Aussagen der Zeugen ... und ... die davon aus eigener Anschauung be-

richteten. Der Zeuge ... war zum damaligen Zeitpunkt noch bei der ... tätig und vermochte die konkrete Erinnerung abzurufen, dass er die Rechnung zur Zahlung freigab. Das hat er plausibel mit dem Umstand begründet, dass es sich gerade um den Fall handelte, bei dem ein Paket mit relativ hohem Warenwert in Verlust geraten war. Der Zeuge ... bestätigte den Zahlungseingang als Inhaber der ... Die Zeugin konnte den Rechnungsausgleich wegen ihrer buchhalterischen Tätigkeit für die ... bestätigen. Die Zeugin ... hat mit den voranstehenden Aussagen übereinstimmend bekundet, sich vor kurzem »im System« darüber vergewissert zu haben, dass die Rechnung der am 05.10.2018 zur Zahlung angewiesen worden ist.

**cc.**

Die und die sind auch in einer Weise miteinander vertraglich verbunden, so dass die Übertragung der Obhut über die Ware an die ... dem Interesse der ... entsprach.

Zu dem Verhältnis zwischen der ... und der ... hat der Zeuge ... der für beide Gesellschaften tätig war, ebenfalls glaubhafte und belastbare Angaben getätigt. Den nachvollziehbaren Bekundungen des Zeugen folgend, handelt es sich bei der um eine Einkaufsgesellschaft und bei der ... um eine Vertriebsgesellschaft, wobei die ... nach einem zwischen den beiden Gesellschaften geschlossenen Abgrenzungsvertrag den logistischen Tätigkeiten, wie Lagerhaltung, Transport etc. nachgeht. Zweifel an der Richtigkeit der Bekundungen des Zeugen bestehen ... auch in dieser Hinsicht nicht. Seine Aussage wird gestützt durch den von der Klägerin vorgelegten Abgrenzungsvertrag vom 15.12.2014. Auch wenn dort die Betätigung der ... auf dem Gebiet des Arzneimitteltransports nicht ausdrücklich niedergelegt ist, kann man »die Zuständigkeit« der ... in dieser Hinsicht dem Inhalt des Abgrenzungsvertrages bei verständiger Würdigung der dort aufgeführten Aufgabengebiete beider Gesellschaften entnehmen. Aufgabe der ... ist demnach der Handel mit Arzneimittelprodukten (»purchase and sale«). Aufgabe der ... ist es, die tatsächliche Abwicklung dieser Handelstätigkeit auszuführen (»providing working areas« »inbound product review«, »correct storage«, »documentation of recalls and scrapping of goods«). Zudem ist die ... verpflichtet, eine verantwortliche Person zu stellen, die den Anforderungen an § 52a AMG gerecht wird. Nach § 52a Abs. 2 Nr. 2 AMG hat die verantwortliche Personen über geeignete und ausreichende Räumlichkeiten, Anlagen und Einrichtungen zu verfügen, eine ordnungsgemäße Lagerung und einen ordnungsgemäßen Vertrieb sowie ggf. ein ordnungsgemäßes Umfüllen, Abpacken und Kennzeichnen von Arzneimitteln zu gewährleisten. Das alles lässt in Gesamtschau mit der Aussage des Zeugen Neuwerk nur den Schluss zu, dass es Aufgabe der ... ist, mit Arzneimitteln zu handeln und deren Handelstätigkeit tatsächlich von der ... logistischer Hinsicht abgewickelt wird. Dafür streitet letztlich auch die Konstellation im vorliegenden Fall, in der die ... unstreitig als Käuferin auftrat und die ... unstreitig den Transport durch die Beklagte in ihr Warenlager beauftragte.

Nach alledem war die ... berechtigt, den Schaden der gegenüber der Beklagten zu liquidieren.

**d.**

Aufgrund ihrer unbeschränkten Haftung hat die Beklagte der Klägerin zum Ausgleich des teilweisen Sendungsverlustes



gem. §§ 249 ff. BGB die Kosten für deren Wiederbeschaffung i.H.v. 111.743,57 € zu ersetzen. Da der Beklagten ein qualifizieren Verschulden anzulasten ist, kann sie sich nicht auf Haftungsbegrenzungen und -ausschlüsse berufen.

Im Einzelnen:

**aa.**

In der Rechtsfolge besteht grundsätzlich ein Anspruch auf Schadensersatz, der dem Wert des in Verlust geratenen Sendungsteils entspricht (§§ 429 Abs. 1, 431 Abs. 2 Nr. 2 HGB).

Dabei ist die von dem Frachtführer zu leistenden Entschädigung gem. § 431 Abs. 1 BGB grundsätzlich auf einen Betrag von 8,33 Rechnungseinheiten für jedes Kilogramm des Rohgewichts des Gutes begrenzt. Da die Beklagte unwidersprochen behauptet hat, das abhandengekommene Paket habe ein Gewicht von 2 kg gehabt hat, ergibt sich hier eine Haftungshöchstgrenze von ca. 20,00 € (rund 10,00 € je Kilogramm).

**bb.**

Auf diese Haftungsbegrenzung kann sich die Beklagte allerdings nicht mit Erfolg berufen, da ihr ein qualifiziertes Verschulden i.S.d. § 435 HGB anzulasten ist.

(1)

Nach dieser Vorschrift gelten die Haftungsbefreiungen und -begrenzungen des Frachtrechts sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach nicht, wenn der Schaden auf eine Handlung oder Unterlassung zurückzuführen ist, die der Frachtführer oder einer in § 428 HGB genannte Person vorsätzlich oder leichtfertig und in dem Bewusstsein, dass ein Schaden mit Wahrscheinlichkeit eintreten werde, begangen hat. Soweit Haftungsbegrenzungen – wie hier – aufgrund qualifizierten Verschuldens gem. § 435 HGB nicht anwendbar sind, beurteilt sich der Umfang der Haftung des Frachtführers nach den allgemeinen schuldrechtlichen Bestimmungen der §§ 249 ff. BGB (vgl. BGH, Urt. v. 03.05.2005 – I ZR 134/02 [= TranspR 2005, 253], Rn. 10, zit. n. juris; Senat, Urt. v. 15.09.2008 – 18 U 199/07 [= TranspR 2009, 167], Rn. 33, zit. n. juris; *Koller*, Transportrecht, 10. Aufl. 2020, § 435, Rn. 19; *Schaffert*, in: EBJs, 4. Aufl. 2020, § 435, Rn. 14).

Ein qualifiziertes Verschulden im Sinne eines leichtfertigen Verhaltens kann sich aus einer mangelhaften Organisation des Betriebsablaufs ergeben, die keinen hinreichenden Schutz der zu befördernden Güter gewährleistet und sich in krasser Weise über die Sicherheitsinteressen des Vertragspartners hinwegsetzt. Der Umschlag von Transportgütern ist besonders verlustanfällig und muss deshalb so organisiert werden, dass in der Regel der Eingang und der Ausgang der Güter kontrolliert werden. Ohne ausreichende Eingangs- und Ausgangskontrollen, die im Regelfall einen körperlichen Abgleich der papier- oder EDV-mäßig erfassten Ware erfordern, kann ein verlässlicher Überblick über Lauf und Verbleib der in den einzelnen Umschlagstationen ein- und abgehenden Güter nicht gewonnen werden, so dass der Eintritt eines Verlusts und der Verlustbereich in zeitlicher, räumlicher und personeller Hinsicht nicht eingegrenzt werden können. Wer derartige elementare Sorgfaltsvorkehrungen unterlässt,

handelt regelmäßig auch in dem Bewusstsein, dass es aufgrund des Mangels der Vorkehrungen zu einem verlusteintritt kommen kann (vgl. BGH, Urt. v. 17.06.2004 – I ZR 263/01 [= TranspR 2004, 399], Rn. 25, zit. n. juris; Urt. v. 01.12.2016 – I ZR 128/15 [= TranspR 2017, 175], Rn. 61, zit. n. juris).

Zum Wegfall der gesetzlichen Haftungsbegrenzung hat der Anspruchsteller darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen, dass der Frachtführer vorsätzlich oder leichtfertig und in dem Bewusstsein gehandelt hat, es werde mit Wahrscheinlichkeit ein Schaden eintreten. Die dem Anspruchsteller obliegende Darlegungslast kann jedoch dadurch gemildert werden, dass der Frachtführer angesichts des unterschiedlichen Informationsstands der Vertragsparteien nach Treu und Glauben gehalten ist, soweit möglich und zumutbar zu den näheren Umständen des Schadensfalls eingehend vorzutragen. Eine solche sekundäre Darlegungslast des Anspruchsgegners besteht, wenn der Klagevortrag in qualifiziertes Verschulden mit gewisser Wahrscheinlichkeit nahelegt oder sich Anhaltspunkte für ein derartiges Verschulden aus dem unstrittigen Sachverhalt ergeben. In diesem Fall hat der Frachtführer substantiiert darzulegen, welche Sorgfaltsmaßnahmen er zur Vermeidung des eingetretenen Schadens konkret angewendet hat. Kommt er dem nicht nach, kann nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung der Schluss auf ein qualifiziertes Verschulden aus den Umständen des Einzelfalls gerechtfertigt sein (vgl. BGH, Urt. v. 18.12.2008 – I ZR 128/06 [= TranspR 2009, 134], Rn. 16, zit. n. juris; Urt. v. 13.06.2012 – I ZR 87/11 [= TranspR 2012, 463], Rn. 17, zit. n. juris; Urt. v. 01.12.2016 – I ZR 128/15 [= TranspR 2017, 175], Rn. 62, zit. n. juris).

(2)

In dem vorliegend zu beurteilenden Fall ist der Beklagten nach den Feststellungen des Senats vorzuwerfen, dass sie trotz korrekter Adressierung die Pakete in ihrem Herrschaftsbereich falsch etikettiert hat. Dieser Sachverhalt legt qualifiziertes Verschulden der Beklagten nahe. Trotz Hinweises des Senats mit Beschluss vom 13.12.2021 hat sie keinen Vortrag dazu gehalten, wie sie ihre Organisation bei der Abholung von Paketen für ihre jeweiligen Auftragsgeber gestaltet. Dabei hat sie auch jegliches Vorbringen dazu unterlassen ob und mit welchen Sicherheitsvorkehrungen und Kontrollmechanismen sie einer Verwechslung von Versandlabels (sog. Cross-Labeling) wirksam begegnet. Bei dieser Sachlage schließt der Senat auf ein qualifiziertes Verschulden der Beklagten.

(3)

Aus Ziffer 8.2 der unstrittig in den Frachtvertrag einbezogenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten lässt sich kein anderes Ergebnis herleiten.

In der vorgenannten Klausel ist bestimmt, dass der jeweilige Auftraggeber die Beklagte rechtzeitig auf einen über 5,00 € pro kg hinausgehenden Wert einer Sendung bzw. auf eine besondere Schadensanfälligkeit der Ware hinzuweisen hat, so dass die Beklagte mit dem Auftraggeber ggf. gegen besonderes Entgelt geeignete Vorkehrungen und besondere Sicherungen gegen Diebstahl und zum Schutz gegen Beschädigungen treffen kann. Bei Unterbleiben eines solchen Hinweises und/

oder einer fehlenden Vereinbarung gilt grundsätzlich dass der Verlust bzw. ein Schaden nur wegen des fehlenden Hinweises und/oder der fehlenden Vereinbarung erfolgen konnte.

Hielte man diese Regelung auf den Streitfall für anwendbar, würde eine Fiktion oder eine unwiderlegbare Vermutung dahingehend eingreifen, dass der Warenverlust allein auf einer fehlenden Wertdeklaration beruhte, nicht dagegen auf einem qualifizierten Verschulden der Beklagten wegen erheblicher Organisationsmängel bei der Verarbeitung von Abholsendungen.

**(a)**

Der Senat hält die dargestellte Regelung in dem vorliegend zu beurteilenden Fall allerdings schon nicht für anwendbar. Sie regelt ihrem Wortlaut nach Vorkehrungen gegen den Verlust werthaltiger Sendungen durch Diebstahl oder Schutzmaßnahmen gegen Beschädigung des Gutes. Im Streitfall ist es weder zu einem diebstahlsbedingten Verlust des betroffenen Pakets gekommen und es geht auch nicht um eine Warenbeschädigung. Das in Rede stehende Paket ist vielmehr infolge einer von der Beklagten zu verantwortenden Falschlieferung in Verlust geraten. Sicherheitsvorkehrungen gegen Falschlieferungen sind in Ziffer 8.2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht geregelt. Falls die Beklagte der Auffassung sein sollte, auch der Streitfall ließe sich unter Ziffer 8.2 ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen subsumieren, läge indes eine Unklarheit vor, die gem. § 305c Abs. 4 BGB zu Lasten der Beklagten als Verwenderin ginge.

**(b)**

Darüber hinaus sieht der Senat die Klausel als unwirksam an, weil sie von der gesetzlichen Haftungsregelung der §§ 425 ff. HGB und dem wesentlichen Grundgedanken des Mitverschuldenseinwands abweicht.

Nach § 449 HGB kann von der gesetzlichen Haftungsregelung der §§ 425 bis 438 HGB nur durch eine im Einzelnen ausgehandelte Vereinbarung abgewichen werden. Für die Frage, ob die Klausel dem Anwendungsbereich des § 449 HGB unterfällt, kommt es nur darauf an, ob sie die Haftungsregelungen der §§ 425 ff. HGB modifiziert. Denn vertragliche Abweichungen von den Haftungsregeln sollen unabhängig davon, ob sie nach der allgemeinen AGB-rechtlichen Einordnung als der Inhaltskontrolle entzogene Leistungsbeschreibungen oder als kontrollfähige Einschränkungen, Ausgestaltungen oder Modifikationen des Hauptleistungsversprechens anzusehen wären, grundsätzlich nur durch eine im Einzelnen ausgehandelte Vereinbarung möglich sein (vgl. BGH, Urt. v. 01.12.2005 – I ZR 103/04 [= TranspR 2006, 169], Rn. 21, zit. n. juris). Das Leistungsversprechen der Beklagten ist auf die Beförderung von Transportgut gerichtet. Gegenstand der von der Beklagten geschuldeten Leistung ist der Beförderungserfolg, also insbesondere die Ablieferung des vollständigen Gutes beim Empfänger (vgl. Koller, Transportrecht, 10. Aufl. 2020, § 407, Rn. 12). Von der Haftung für den Verlust des Transportguts nach § 425 Abs. 1 HGB ist die Beklagte nach der Vorschrift des § 426 HGB nur befreit, wenn der Verlust auf Umständen beruht, die sie auch bei größter Sorgfalt nicht vermeiden und deren Folgen sie nicht abwenden konnte. Eine Haftungsbefreiung ist zudem gem. § 435 HGB bei einem vorsätzlichen oder leichtfertigen

Verstoß gegen wesentliche Sorgfaltspflichten ausgeschlossen, der auch darin liegen kann, dass der Frachtführer naheliegende Vorkehrungen gegen den Verlust von Paketen unterlässt. Die gegenständliche AGB-Klausel würde eine Haftung der Beklagten bei fehlender Wertangabe aber auch in den Fällen ausschließen, in denen es tatsächlich zu einem Verlust des Gutes infolge vorsätzlicher oder leichtfertiger Sorgfaltspflichtverstöße des Frachtführers gekommen ist. § 435 HGB ist im Verhältnis zwischen Frachtführern und anderen Unternehmern durch Allgemeine Geschäftsbedingungen nicht abdingbar (vgl. Schaffert, in: EBJs, 4. Aufl. 2020, § 435, Rn. 19).

Hinzu käme, dass wegen der in der betreffenden Klausel angeordneten Vermutungs- bzw. Fiktionswirkung auch keine Feststellung dazu notwendig wäre, ob sich die fehlende Wertdeklaration überhaupt ursächlich ausgewirkt hat. Das stellt nach Auffassung des Senats eine wesentliche Abweichung von der gesetzlichen Regelung der §§ 425 Abs. 2, 254 Abs. 1 BGB dar und benachteiligt den Vertragspartner daher unangemessen i.S.d. § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB. Dem Gesichtspunkt des Mitverschuldens ist immanent, dass nur solche vertragswidrigen Verhaltensweisen zu einer Anspruchskürzung führen, die für den betreffenden Schaden tatsächlich ursächlich geworden sind (vgl. Schaffert, a.a.O., § 425, Rn. 48; Oetker, in: MüKo, BGB. 9. Aufl. 2022, § 254, Rn. 32).

Aus diesen Gründen liegt eine von den Parteien nicht im Einzelnen ausgehandelte unzulässige AGB-Haftungsbeschränkung vor.

**cc.**

Die Klägerin kann von der Beklagten der Höhe nach Ausgleich des verlustbedingten Schadens i.H.v. 111.743,57 € verlangen.

**(I)**

Der Inhalt des von der Beklagten fehlgelieferten und in Verlust geratenen Pakets und damit der Verlust konkreter Arzneimittel sind zwischen den Parteien streitig. Auf Grundlage der durchgeführten Beweisaufnahme stellt der Senat fest, dass in dem verlorenen Paket die Arzneimittel zu den Positionen Ziffern 1 bis 11 und Ziffer 14 des Lieferscheins bzw. Ziffern 1 bis 10 sowie Ziffer 13 der Rechnung enthalten waren.

**(a)**

Von diesem Warenverlust ist der Senat allerdings nicht schon auf Grundlage der Handelsrechnung bzw. des Lieferscheins der ... überzeugt. Diese begründen keine tatsächliche Vermutung dahingehend, die von der Klägerin als verloren benannten Arzneimittel seien in dem von der Beklagten falsch abgelieferten Paket enthalten gewesen.

Nach aktueller Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes unterliegt die Würdigung der Umstände, die für Umfang und Wert einer verlorengegangenen Sendung sprechen, stets der freien richterlichen Beweiswürdigung gem. § 286 ZPO. Der Tatrichter hat sich die Überzeugung von der Richtigkeit des behaupteten Umfangs einer Sendung daher anhand der gesamten Umstände des Einzelfalls, insbesondere auf Grund von vorgelegten Lieferscheinen und dazu korrespondierenden Rechnungen, zu bilden. Dafür ist es grundsätzlich nicht

erforderlich, dass sowohl Lieferscheine als auch korrespondierende Rechnungen zum Nachweis des Sendungsumfanges vorgelegt werden. Der Tatrichter muss aber prüfen, ob die zum Nachweis eines behaupteten Schadens vorgelegten Dokumente in sich schlüssig und geeignet sind, den Vortrag des Anspruchstellers zum entstandenen Schaden zu belegen (vgl. BGH, Urt. v. 13.09.2012 – I ZR 14/11 [= TranspR 2013, 192], Rn. 16 f., zit. n. juris, m.w.N. zu vorheriger Rechtsprechung).

Handelsrechnung und Lieferschein der ... genügen hier schon allein deshalb nicht zum Nachweis des Inhalts des verlorenen Pakets, weil die durch die Beklagte beförderte Ambient-Express-Sendung in zwei Pakete aufgeteilt war und weder Rechnung noch Lieferschein den Wareninhalt der jeweiligen Pakete belegen.

**(b)**

Die für die Höhe des Schadens darlegungs- und beweisbelastete Klägerin hat zur sicheren Überzeugung des Senats (§ 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO) aber auf Grundlage der erhobenen Zeugenaussagen den Nachweis erbracht, dass die von der auf dem Lieferschein der ... nicht als erhalten markierten Medikamente zu den Positionen Ziffern 1 bis 11 und Ziffer 14 den Inhalt des verlorenen Pakets bildeten.

[...]

**(2)**

Der ... ist ausgehend von den verlorenen Medikamenten ein Schaden in Höhe von insgesamt 111.743,57 € entstanden.

Im Falle des Verlustes einer Sache sind grundsätzlich die Kosten der Wiederbeschaffung einer gleichartigen oder wirtschaftlich gleichwertigen Ersatzsache, d.h. der sog. Wiederbeschaffungsaufwand zu ersetzen (vgl. *Grüneberg*, BGB, 81. Aufl. 2022, § 249, Rn. 15). Dieser richtet sich nach den Kosten der Wiederbeschaffung einer gleichwertigen Sache. Bei neuwertigen Sachen ist dies der Neupreis (vgl. *Grüneberg*, a.a.O., Rn. 16).

Nach § 429 Abs. 3 Satz 2 BGB [richtig wohl: HGB] wird bei einem unmittelbar vor der Übernahme zum Transport verkauften Gut widerleglich vermutet, dass der in der Rechnung des Verkäufers ausgewiesene Kaufpreis dem Marktpreis entspricht. Maßgeblich ist das der konkreten Beförderung unmittelbar zugrunde liegende Umsatzgeschäft. Dies gilt insbesondere auch dann, wenn der Frachtführer, das Gut bei seinem Lieferanten abholt, um es zu dem Erwerber zu transportieren (vgl. *Schaffert*, in: EBS, 4. Aufl. 2020, § 429, Rn. 5).

Die Beklagte hat nicht in Abrede gestellt, dass die in der Rechnung der ... vom 05.09.2018 niedergelegten Einzelpreise jeweils dem Marktpreis entsprachen, so dass sich der feststellbare Schaden der Klägerin auf Basis der Positionen Nrn. 1 bis 11 und Nr. 14 des Lieferscheins bzw. Nrn. 1 bis 10 sowie Nr. 13 der Rechnung auf insgesamt 111.743,57 € beläuft.

**e.**

Schließlich ist der Klägerin ein Mitverschulden der ... gem. § 425 Abs. 2 HGB, § 254 Abs. 2 Satz 1 BGB an der Schadensentstehung nicht zuzurechnen. Denn einem Mitver-

schulden der ... ist im Streitfall bereits entgegenzuhalten, dass die von der Beklagten insoweit gerügte, korrekte Wertangabe den Verlust auch nicht hätte verhindern können.

**aa.**

Die insoweit darlegungs- und beweisbelastete Beklagte hat Vorbringen dazu, welche (zusätzlichen) Maßnahmen sie ergriffen hätte, wenn sie von dem Wert der Sendung erfahren hätte, vollständig unterlassen.

Ohne besonderen Sachvortrag des Anspruchstellers ist im Regelfall zwar davon auszugehen, dass der Frachtführer bei einem Hinweis auf den ungewöhnlich hohen Wert des Transportgutes entweder besondere Sicherungsmaßnahmen ergriffen oder den Transportauftrag abgelehnt hätte. Bei einem entsprechenden Vortrag des Anspruchstellers zur fehlenden Ursächlichkeit der unterlassenen Wertangabe obliegt es jedoch nach den allgemeinen Grundsätzen dem Frachtführer, darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen, dass der unterlassene Hinweis auf den ungewöhnlich hohen Wert des Gutes für den entstandenen Schaden zumindest mitursächlich war (vgl. BGH, Urt. v. 03.07.2008 – I ZR 205/06 [= TranspR 2008, 394], Rn. 20, zit. n. juris, Urt. v. 02.04.2009 – I ZR 16/07 [= TranspR 2009, 410], Rn. 32, zit. n. juris). Im Rahmen dessen ist vom Frachtführer darzulegen und ggf. zu beweisen, wie die Behandlung von wertdeklarierten Paketen erfolgt und inwiefern zusätzliche Sicherungsmaßnahmen den Verlust des Gutes verhindert hätten (vgl. BGH, Urt. v. 04.07.2013 – I ZR 156/12 [= TranspR 2014, 146], Rn. 34, zit. n. juris).

Hier hat die Klägerin behauptet, auch bei einer Wertangabe hätte die Beklagte den Auftrag angenommen und keine anderweitigen Sicherungsmaßnahmen ergriffen, die den Verlust des einen Paketes verhindert hätten. Sie arbeite seit langer Zeit mit der Beklagten zusammen und wisse daher, dass diese alle Warensendungen gleich behandle. Diesem Vorbringen ist die Beklagte nicht mit substantiiertem Vortrag entgegengetreten.

Auch sonst haben sich nach dem Akteninhalt und der Zeugenbeweisaufnahme keine Hinweise darauf ergeben, dass die Beklagte bei einem gesteigerten Warenwert höhere Sicherungsmaßnahmen ergreift. Ganz im Gegenteil geht aus den Aussagen der Zeugen und der Zeugin hervor, dass die Beklagte die streitgegenständliche Sendung nicht anders behandelt hätte, wenn sie über den Wert informiert worden wäre. Insoweit – so die beiden vorgenannten Zeugen übereinstimmend – würde man den Kunden ggf. darauf hinweisen, dass er das Paket bei seiner Versicherung höher versichern könne.

**bb.**

Der Verweis auf eine Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 03.03.2016 ist der Beklagten in diesem Zusammenhang nicht behilflich.

Zwar gilt eine Ausnahme von den vorgenannten Grundsätzen dann, wenn der Auftraggeber Gut befördern lässt, das nach den in den Frachtvertrag einbezogenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Frachtführers von der Beförderung ausgeschlossen ist. Unterbleibt bei einem solchen Verbotsgut ein Hinweis auf den die Obergrenze übersteigenden Wert des Inhalts, ist davon auszugehen, dass der unterlassene Hin-

weis für den Schadenseintritt mitursächlich gewesen ist, weil der Frachtführer mit der Klausel zum Verbotsgut zu erkennen gegeben hat, unter die Regelung fallende Güter nicht zu befördern (vgl. BGH, Urt. v. 03.03.2016 – I ZR 245/14 [= TranspR 2016, 304], Rn. 14, zit. n. juris). Im Streitfall stellt die Beförderung der streitgegenständlichen Arzneimittel jedoch kein Verbotsgut im Sinne der Ziffer 2.2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten dar. Arzneimittel an sich sind dort nicht als Verbotsgut aufgeführt. Es handelt sich auch nicht um Güter von besonderem Wert im Sinne der Ziffer 2.2. lit c. der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Diese Bestimmung stellt auf die besondere Werthaltigkeit ab, die dem zu befördernden Gut selbst inne wohnt und sich aus seiner Eigenschaft an sich ergibt. Das zeigt bereits die beispielhafte Aufzählung von Edelmetallen, echtem Schmuck, Geld, Münzen etc. anschaulich auf. Die Beförderung dieser Güter ist für jedermann erkennbar an sich besonders sicherheitskritisch. Arzneimittel zählen dagegen nicht dazu. Eine Bestimmung, wonach die Beklagte einer Beförderung von Gütern ab einem bestimmten Warenwert nicht mehr durchführen möchte, enthält die Klausel zu den Verbotsgütern nicht. Falls die Beklagte der Auffassung sein sollte, aus der vorgenannten Klausel ergebe sich, dass die Beförderung von Gütern ab einem bestimmten Warenwert von der Beklagten nicht gewollt gewesen sei, läge insoweit eine Unklarheit vor, die gem. § 305c Abs. 2 BGB zu Lasten der Beklagten als Verwenderrin ginge.

Nach alledem steht der Klägerin gegen die Beklagte ein ungekürzter Ersatzanspruch aus abgetretenem Recht i.H.v. 111.743,57 € zu.

## 2.

Außergerichtliche Rechtsanwaltskosten i.H.v. 2.402,00 € schuldet die Beklagte der Klägerin unter dem Gesichtspunkt nach § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB erforderlicher und daher ersatzfähiger Rechtsverfolgungskosten.

Für die Berechnung der 1,5-fachen Geschäftsgebühr ist von einem Geschäftswert i.H.v. 111.743,57 € auszugehen. Die 1,5-fache Gebühr beläuft sich bei diesem Gegenstandswert auf 2.382,00 €. Hinzu kommt die Auslagenpauschale gem. Nr. 7007 VV-RVG i.H.v. 20,00 €. Das ergibt den von der Klägerin geltend gemachten Gesamtbetrag von 2.402,00 €.

## 3.

Da sich die Beklagte mit Zugang der vorgerichtlichen Mahnschreiben des Prozessbevollmächtigten der Klägerin vom 02.05.2019 und 07.05.2019 jedenfalls seit dem 20.05.2019 in Schuldnerverzug befand, kann sie von der Beklagten gem. §§ 288 Abs. 1, 286 Abs. 1 Satz 1 BGB die Zahlung von Verzugszinsen auf die Hauptforderung und die Anwaltskosten seit dem 20.05.2019 verlangen.

[...]

Einsender: RA Benjamin Grimme

### Anmerkung des Einsenders:

*Die Entscheidung ist rechtskräftig, da die Beklagte die Nichtzulassungsbeschwerde (BGH – I ZR 172/22) zurückgenommen hat.*

## Andere Rechtsfragen

Art. 11 Buchst. b), Art. 13, 19 Richtlinie 2009/16/EG

**1. Die Richtlinie 2009/16/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.04.2009 über die Hafenstaatkontrolle in der durch die Richtlinie (EU) 2017/2110 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15.11.2017 geänderten Fassung ist dahin auszulegen, dass**

- sie auf Schiffe anwendbar ist, die zwar vom Flaggenstaat als Frachtschiffe klassifiziert und zertifiziert sind, in der Praxis aber von einer humanitären Organisation systematisch für eine nicht gewerbliche Tätigkeit der Suche und Rettung von Personen, die sich auf See in einer Gefahren- oder Notlage befinden, verwendet werden, und
- sie dem entgegensteht, dass eine nationale Regelung zu ihrer Umsetzung in innerstaatliches Recht ihre Anwendbarkeit auf Schiffe beschränkt, die für eine gewerbliche Tätigkeit verwendet werden.

**2. Art. 11 Buchst. b) der Richtlinie 2009/16 in der durch die Richtlinie 2017/2110 geänderten Fassung i.V.m. Anhang I Teil II der Richtlinie 2009/16 in geänderter Fassung ist dahin auszulegen, dass der Hafenstaat Schiffe, die eine systematische Such- und Rettungstätigkeit ausüben und sich in einem seiner Häfen oder in Gewässern befinden, die seiner Hoheitsgewalt unterstehen, nach ihrer Einfahrt in diese Gewässer und nach Abschluss aller Maßnahmen zum Umsteigen oder zur Ausschiffung der Personen, denen Hilfe zu leisten sich ihr jeweiliger Kapitän entschlossen hat, einer zusätzlichen Überprüfung unterziehen kann, wenn dieser Staat auf der Grundlage detaillierter rechtlicher und tatsächlicher Gesichtspunkte festgestellt hat, dass belastbare Anhaltspunkte vorlagen, die eine Gefahr für die Gesundheit, die Sicherheit, die Arbeitsbedingungen an Bord oder die Umwelt unter Berücksichtigung der Betriebsbedingungen dieser Schiffe belegen können.**

**3. Art. 13 der Richtlinie 2009/16 in der durch die Richtlinie 2017/2110 geänderten Fassung ist dahin auszulegen, dass der Hafenstaat bei nach dieser Vorschrift durchgeführten gründlicheren Überprüfungen befugt ist, im Rahmen einer Kontrolle – die bezweckt, auf der Grundlage detaillierter rechtlicher und tatsächlicher Gesichtspunkte das Vorliegen einer Gefahr für Personen, Sachen oder die Umwelt im Hinblick auf die Betriebsbedingungen dieser Schiffe zu beurteilen – den Umstand zu berücksichtigen, dass Schiffe, die vom Flaggenstaat als Frachtschiffe klassifiziert und zertifiziert worden sind, in der Praxis für eine systematische Tätigkeit der Suche und Rettung von Personen verwendet werden, die auf See in einer Gefahren- oder Notlage sind. Hingegen ist der Hafenstaat nicht befugt, den Nachweis zu verlangen, dass diese Schiffe über andere als die vom Flaggenstaat ausgestellten Zeugnisse verfügen oder dass sie sämtliche für eine andere Klassifikation geltenden Anforderungen erfüllen.**

**4. Art. 19 der Richtlinie 2009/16 in der durch die Richtlinie 2017/2110 geänderten Fassung ist dahin auszulegen, dass, wenn erwiesen ist, dass Schiffe, die, obwohl sie von**